

Le litige ne se situe pas ici dans le conflit de valeurs qui oppose la gravité de l'infraction, d'une part, l'acte irrégulier ayant permis de découvrir cette infraction, d'autre part.

La réalité des faits reprochés à M. M. n'étant pas régulièrement établie, il n'y a pas lieu d'examiner si ces faits constituent un motif grave au sens de l'article 4 de la loi du 19 mars 1991 et de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978.

III.2.7. Il ne peut être recouru à des enquêtes pour établir des éléments recueillis par une preuve illégale.

Il ne sera donc pas fait droit à la demande de preuve par témoins formée à titre subsidiaire par la société appelante.

III.2.8. L'aveu obtenu à la suite d'un moyen de preuve illégale est lui-même illégal.

Pour autant que l'on puisse considérer la pièce n° 8 du dossier de l'intimé, M. M., comme étant une reconnaissance de l'exercice d'une activité parallèle, il n'y a pas lieu d'avoir égard à cette prétendue reconnaissance.

III.2.9. Surabondamment, la pièce n° 8 de l'intimé établit seulement que M. M. avait l'intention d'exercer pareille activité et qu'il a posé certains actes préparatoires à cet exercice.

Ces seuls éléments ne sont pas constitutifs de motif grave rendant immédiatement et définitivement impossible la poursuite des relations contractuelles.

III.2.10. Le jugement dont appel sera donc confirmé mais pour d'autres motifs.

III.3. Les dépens.

La demande de la s.a. RTL Belgium est une demande non évaluable en argent.

L'indemnité de procédure pour ce type d'affaires s'élève actuellement à 1.320 EUR.

La Cour n'aperçoit aucun motif d'augmenter ce montant. Le dossier présente la complexité habituelle de ce type d'affaires et non une complexité particulière.

Le caractère déraisonnable de la situation n'apparaît nullement, ni au niveau de la première instance, ni dans le cadre de l'appel.

Par ces motifs :

La cour,

[Dispositif conforme aux motifs.]

Observations

Antigone : suite et pas fin...

1. Tout n'est peut-être pas encore dit concernant la jurisprudence *Antigone* (ou *Antigoon*) en matière civile, dans l'attente de l'arrêt de cassation pacificateur, qui fera taire les controverses. Pour rappel, on désigne par cette appellation la jurisprudence relative à l'utilisation de preuves illégales en procédure, tant en matière pénale qu'en matière civile¹.

En matière pénale, la Cour de cassation a décidé, de manière constante depuis plusieurs années, que les preuves recueillies de manière irrégulière ne pouvaient être écartées que si elles violaient une règle prescrite à

peine de nullité ou si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou encore lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable². En dehors de ces trois cas, les preuves illégales doivent être reçues. Cette jurisprudence n'a pas été considérée comme contraire au droit au procès équitable par la Cour constitutionnelle³.

2. Dans un premier temps, cette jurisprudence n'a pas été suivie par les juridictions de fond en matière civile et commerciale⁴. Celles-ci ont persisté à écarter les preuves recueillies de manière illégale ou déloyale. Certaines juridictions ont pris la peine d'indiquer que cette jurisprudence nouvelle n'était pas transposable et ne concernait que la matière pénale⁵. Toutefois, un arrêt de cassation du 10 mars 2008⁶, rendu en matière de chômage, est venu modifier la donne. Dans cet arrêt, la Cour a repris, au mot près, l'enseignement de arrêts pénaux. La formulation même de l'arrêt va intriguer la doctrine. En effet, on y retrouve une terminologie purement pénale (on y parle de « l'élément matériel de l'infraction », ainsi que de « l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions »). Certains auteurs, dont le soussigné, en ont déduit que le champ d'application de cet arrêt pourrait être limité à des matières touchant à l'ordre public, proches du droit pénal. C'était le cas en l'espèce. Il s'agissait en effet de la répression du travail au noir, domaine dans lequel il existe effectivement des « infractions » et une « autorité chargée des poursuites »⁷.

La plupart des commentateurs estiment toutefois que l'enseignement de la Cour dans cette décision est général et qu'il vaut comme décision de principe pour toute la matière civile⁸. La décision attaquée indiquait expres-

(1) La dénomination « Antigone » ou « Antigoon » fait référence au nom de l'affaire dans laquelle le premier arrêt a été rendu. « Antigoon » est le nom de code donné à une opération de police, au cours de laquelle des preuves ont été recueillies dans un contexte problématique.

(2) Cass., 14 octobre 2003, *NjW*, 2003, p. 1367, *Pas.*, 2003, I, p. 1607, concl. DE SWAEF, *R.A.B.G.*, 2004, p. 333, note SCHUERMANS, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note KUTY, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. DE SWAEF, *R.W.*, 2003-04, p. 814, concl. DE SWAEF, *T. Strafr.*, 2004, p. 129, note TRAEIST, Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1795, concl. min. publ., *R.A.B.G.*, 2005, p. 504, avis DUINSLAEGER, *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note VAN MEERBECK et MAHIEU, *R.W.*, 2005-2006, p. 387, note POPELIER, *T. Strafr.*, 2005, p. 285, note VERSTRAETEN et DE DECKER, Cass., 16 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 587, *Pas.*, 2004, I, p. 1802, concl. min. publ., *R.A.B.G.*, 2005, p. 511, avis DUINSLAEGER, note SCHUERMANS, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 36 et 40, note VAN MEERBECK et MAHIEU, *Rev. dr. pén.*, 2005 (sommaire), p. 665, note DE VALKENEEER, Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 500, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1061, note SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.*, 2005 (sommaire), p. 661, note DE VALKENEEER, Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note BEERNAERT, *Journ. proc.*, 2005, p. 23, concl. VANDER-

MEERSCH, note TOUSSAINT, *Pas.*, 2005, I, p. 505, concl. VANDERMEERSCH, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1161, concl. min. publ., note BERNEMAN, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668, concl. VANDERMEERSCH, note DE VALKENEEER, *Chr. D.S.*, 2006, p. 10, note; Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109, *J.L.M.B.*, 2006, p. 585, note, *Pas.*, 2005, I, p. 1904, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211, *T. Strafr.*, 2006, p. 25, note VERBRUGEN; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2437, *Chr. D.S.*, 2008 (sommaire), p. 379, note; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226, *R.W.*, 2008-2009, p. 110, note DE SMET, *T. Strafr.*, 2008, p. 274; Cass., 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N.; Cass., 5 juin 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 343; Cass., 26 septembre 2012, R.G. n° P.12.0641.F.; Cass., 3 octobre 2012, R.G. n° P.12.0709.F.

(3) C. const., 22 décembre 2010, arrêt 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298, *R.W.*, 2010-2011, p. 895.

(4) C.T. Bruxelles, 10 février 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 141; C.T. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 143; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2006, p. 1507; Pol. Bruges, 15 septembre 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 334; Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117; Gand, 11 février 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117; Gand, 6 septembre 2006, *D.A. O.R.*, 2007, p. 326; C.T. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/06, www.juridat.be; C.T.

Mons, 22 mai 2007, *JTT*, 2008, p. 177, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER; C.T. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER, *R.G.C.F.*, 2008, p. 463. Voy. aussi, en matière disciplinaire : conseil appel Ordre des médecins, 22 décembre 2003, *NjW*, 2004, p. 493, note BREWAEYS.

(5) C.T. Bruxelles, 15 juin 2006, *JTT*, 2006, p. 392; T.T. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389.

(6) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER, *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK, *Ors.*, 2008 (résumé I. PLETS), p. 27, *Pas.*, 2008, I, p. 652; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KÉFER.

(7) S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore », *Chr. D.S.*, 2010, pp. 289 et s., n° 3; Th. LÉONARD et K. ROSIER, « La jurisprudence *Antigoon* face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse? », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 5 et s., n° 3; D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXI^e siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *R.R.D.*, 2008, n° 127, p. 246; D. MOUGENOT, « Antigone face aux juges civils - L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A. O.R.*, 2011, pp. 240 et s.; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig*

bewijs in civiele zaken, Anvers, Intersentia, 2011, n° 32.

(8) F. KÉFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 9; F. KÉFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Formation permanente C.U.P., Liège, Anthemis, vol. 126, 2011, pp. 191 et s., n° 24; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicite recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, Formation permanente UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32; I. VERHELST et N. THOELLEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors.*, 2008, pp. 197 et s., spécialement p. 205; J. VAN COMPENOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, formation permanente C.U.P., Liège, Anthemis, vol. 126, 2011, pp. 7 et s., n° 10.

sément que la jurisprudence *Antigone* était inapplicable en matière civile et le moyen soulevé devant la Cour de cassation lui reprochait d'avoir nié la dimension d'ordre public du droit de la sécurité sociale. Il est vrai que la Cour n'entre absolument pas dans ces considérations, ce qui aurait pu démontrer son intention de limiter son enseignement à la sécurité sociale. Au contraire, elle énonce le principe de manière tout à fait générale.

Un flottement est né dans la doctrine, du fait du prononcé, quelques mois après, d'un second arrêt, dans lequel la Cour en revenait à la jurisprudence classique, qui écarte les preuves illégales, sans faire aucune allusion à la jurisprudence *Antigone*⁹. La majorité des auteurs estime toutefois que, comme le moyen libellé dans cette affaire partait lui-même du postulat de l'écartement des preuves illégales, la Cour ne pouvait qu'appliquer la jurisprudence classique. On ne pourrait donc rien déduire de cet arrêt¹⁰.

Cependant, ces discussions n'ont guère impressionné les juges du fond en matière civile, qui ont majoritairement suivi l'arrêt du 10 mars. Ils appliquent dès lors les critères énoncés par la Cour dans l'arrêt du 10 mars 2008 pour vérifier si les preuves illégales ou déloyales doivent être écartées¹¹.

3. La messe était donc dite? Pas vraiment, si on lit l'arrêt annoté. En effet, malgré les nombreuses décisions en sens contraire, la cour du travail de Bruxelles a fait sien le courant doctrinal minoritaire (qualifié de « romantique » par F. KÉFER¹²) et rejette l'application de l'arrêt de mars 2008 dans des matières de droit privé. Estimant que le cas d'espèce qui lui était soumis ne touchait pas à l'ordre public, la cour a donc refusé d'appliquer le « test *Antigone* » et de vérifier si les preuves illégales produites devant elle répon-

daient aux critères posés par la Cour de cassation. Cette décision ravive dès lors la controverse. Celle-ci n'est pas facile à résoudre parce qu'il y a d'excellents motifs pour admettre l'application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile et des motifs non moins excellents pour la refuser. On est confronté à un conflit entre deux droits fondamentaux : le droit à la preuve¹³, qui relève du droit au procès équitable et qui tend à permettre à une partie de produire les preuves dont elle dispose, même si la régularité de ces preuves est discutable, et le droit au respect de la vie privée, qui tend au contraire à interdire à cette partie de produire des preuves qui résultent d'une ingérence intolérable dans la vie privée. Suivant que l'on mette l'accent plutôt sur le droit à la preuve ou sur le droit au respect de la vie privée, on accentuera ou on limitera l'application de la jurisprudence *Antigone*¹⁴. Dans ce contexte, on ne peut qu'espérer une décision rapide de la Cour suprême, qui éclaircisse cette question.

4. L'arrêt annoté est par contre éclairant sur la marche à suivre face à ce type de problème. En effet, avant de s'interroger sur les conséquences à réserver à la production d'une preuve illégale, le juge doit tout d'abord se demander si la preuve produite devant lui est véritablement illégale¹⁵. Il y a lieu de rappeler à cet égard la typologie établie par B. Allemeersch et P. Schollen¹⁶. Ceux-ci distinguent les preuves constituées de manière illégale (un faux en écriture, par exemple), qui ne peuvent être utilisées par personne, et les preuves constituées légalement mais recueillies illégalement (un courriel copié sur l'ordinateur d'un tiers, par exemple), qui ne peuvent être utilisées que par leur détenteur légitime. La cour du travail, analysant les éléments du dossier, est arrivée à la conclusion

que les courriels litigieux avaient été recueillis en violation du droit au respect de la vie privée de leur détenteur. Les atteintes au droit à la vie privée constituent le noyau dur de la jurisprudence *Antigone*. Une première manifestation du pouvoir d'appréciation du tribunal apparaît déjà à ce stade. En effet, pour déterminer si une ingérence dans la vie privée d'un individu est admissible, le juge devra vérifier si elle est conforme à la loi, légitime dans une société démocratique et proportionnelle au but poursuivi¹⁷. Une fois l'illégalité avérée, le juge devra alors se demander s'il doit écarter les pièces litigieuses ou s'il peut les utiliser. C'est à ce moment que la jurisprudence *Antigone* doit s'appliquer.

5. Et si, contrairement à sa décision, la cour du travail avait admis l'application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile, quelle aurait été la suite du raisonnement? On arrive à l'une des étapes les plus délicates de cette problématique. En effet, les critères énoncés par la Cour de cassation sont soit peu pertinents en matière civile, soit tellement imprécis qu'ils ouvrent la porte à toutes les appréciations.

Selon l'arrêt du 10 mars 2008, les preuves illégales ne peuvent être écartées que dans trois cas :

- a) si elles violent une forme prescrite à peine de nullité; les cas de nullité sanctionnant des irrégularités relatives à la réception de preuves en matière civile étant extrêmement rares, l'écartement de preuves pour ce motif sera peu fréquent¹⁸;
- b) si elles voient leur fiabilité affectée par l'irrégularité; les commentateurs font toutefois observer que les preuves non fiables ne peuvent en tout état de cause pas être retenues par le juge, qu'elles soient recueillies de manière légale ou non¹⁹;

(9) Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347; *J.T.*, 2009, p. 18; également cité par l'arrêt annoté.
 (10) F. KÉFER, *op. cit.* (*Antigone et Manon...*), n° 10; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in recht », *Gerechtigd recht*, formation permanente Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 36; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour *Antigone* », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 30; K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers », *NjW*, 2010 pp. 180 et s., n° 10; J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, n° 10, note 36 (où figure une coquille : il faut lire 10 septembre 2008 au lieu de 10 mars 2008). En outre, selon J. VAN DONINCK (*op. cit.*, n° 33, note 50), il ne concerne que la charge de la preuve de la régularité de la réception des preuves. Voy. cependant, pour une autre lecture : D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils - L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A. O.R.*, 2011, pp. 240 et s., n° 12.
 (11) Ont admis les preuves : R.T. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, *www.juridat.be*; C.T. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK, *op. cit.*,

n°s 18 et 19; C.T. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 535; C.T. Gand, 28 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 366; C.T. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899; C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715; *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT; C.T. Liège, 8 mars 2011, *Chr. D.S.*, 08/2011, p. 404, note C. T.; Bruxelles (6^e ch.), 2 mai 2011, R.G. n° 2009/AB/52260, inédit; les ont rejetées : C.T. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833, *www.juridat.be*; Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT; n'ont toutefois pas fait usage du « test *Antigone* » : C.T. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, 236, note MOUGENOT; T.T. Liège, 9 septembre 2008, R.G. n° 371.015, *www.juridat.be*; C.T. Bruxelles, 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, *www.juridat.be*, cette dernière décision considérant, à tort, que l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 a été prononcé en matière pénale.
 (12) F. KÉFER, *op. cit.* (*Antigone et Manon...*), p. 351, n° 24.
 (13) Sur le droit à la preuve, voy. : B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 410, n° 100; A. BERGAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, L.G.D.J., 2010; G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*,

Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 3-1; J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 744.
 (14) Sur les conflits entre droits fondamentaux, voy. notamment : S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération et intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299 et s.; E. BREMS (dir.), *Conflicts between fundamental rights*, Anvers, Intersentia, 2008.
 (15) Les preuves recueillies de manière légale mais déloyale (catégorie aux contours particulièrement flous) subissent le même sort.
 (16) B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken - Over de geoorloofde verweide in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.
 (17) Ce n'est pas la place ici d'exposer en détail ces questions. Voy., notamment : B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 103 et s.; J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune

barreau, 2005, pp. 36 et s., n° 9; S. GILSON et K. ROSIER, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *R.D.T.I.*, 2008, pp. 244 et s., n°s 8 et s.; S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur - État des lieux*, Limal, Anthemis, 2012. La Cour européenne des droits de l'homme a apporté des précisions intéressantes dans l'arrêt *Köpke* (5 octobre 2010, *Köpke c. Allemagne*).
 (18) D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils », *op. cit.*, n° 16.
 (19) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », *op. cit.*, n° 18; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1103; F. KÉFER, *op. cit.* (*Antigone et Manon...*), n° 14; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions pénales*, formation permanente C.U.P., vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36; Ph. TRAESE, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

c) si elles portent atteinte au droit au procès équitable; sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le fait d'utiliser des preuves portant atteinte à un autre droit fondamental protégé par la Convention, tel que le droit à la vie privée, n'a pas automatiquement pour conséquence que le procès n'a pas été équitable²⁰; la question de savoir si des preuves recueillies de manière déloyale portent atteinte au principe du procès équitable est controversée; certains auteurs considèrent que le manque de loyauté peut donner lieu à un manquement au principe du procès équitable²¹ alors que d'autres s'y opposent, considérant que la loyauté procédurale et le procès équitable constituent des principes distincts²²; le critère du respect du procès équitable reste assez flou à l'heure actuelle et on peut noter à ce niveau un risque de dérive; en effet, si on limite le respect du procès équitable au respect du contradictoire, il suffirait qu'un débat puisse s'instaurer devant le tribunal concernant la légalité des preuves pour que, *ipso facto*, elles soient déclarées recevables par le juge²³; une telle interprétation rend le débat sur l'irrégularité des preuves purement formel et démontre que des critères d'appréciation plus fins doivent être mis en place; certains auteurs suggèrent de se placer sur le terrain de l'égalité des armes : la partie qui utilise des preuves irrégulières bénéficierait d'un avantage anormal par rapport à la partie qui respecte strictement la légalité²⁴; d'autres proposent d'écarter les preuves recueillies par le biais d'une infraction pénale²⁵...

La Cour ajoute, dans l'arrêt du 10 mars 2008 précité, plusieurs critères secondaires d'appréciation, pour guider le juge dans sa démarche :

- le caractère purement formel de l'irrégularité;
- sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée;
- la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement;

— la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité;

— le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction;

— le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

Si on admet l'application généralisée de cette jurisprudence en matière civile (ce que ne fait pas l'arrêt annoté), il ne faut pas s'arrêter à la terminologie purement pénale. Il convient, par exemple, de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction ». Ces différents critères proposés en ordre subsidiaire sont probablement plus éclairants, dans cette matière, que les trois critères principaux évoqués ci-dessus. Ainsi, le caractère intentionnel ou non de l'irrégularité, le fait que le droit que l'on cherche à protéger (droit à la vie privée ou tout autre droit) est totalement annihilé ou simplement amoindri, ou encore la comparaison entre la gravité de l'irrégularité et celle du manquement que l'on cherche à prouver, sont des éléments importants de l'appréciation du juge. On aimerait savoir si ces critères peuvent être appliqués de manière autonome ou si, comme la rédaction de l'arrêt le donne à penser, ils ne peuvent servir que de critères complémentaires dans la détermination des trois critères principaux²⁶. En tout cas, la Cour a précisé que le juge n'était pas tenu d'examiner la totalité des critères cités²⁷. Sur ces différents points, on peut également espérer que la Cour fasse rapidement la lumière.

6. Dans le cadre de l'application de ces critères secondaires, le juge va régulièrement se trouver face à un problème de proportionnalité. À ce niveau, si le manquement a trait au respect de la vie privée, le juge risque de devoir se poser deux fois les mêmes questions, à deux stades différents de son raisonnement. En effet, dans le cadre de l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (respect de la vie privée), le juge devra apprécier si les ingérences dans la vie privée de l'intéressé sont proportionnelles à l'objectif pour-

suivi par la personne qui réalise cette ingérence. Si le juge aboutit à la conclusion que cette proportionnalité n'existe pas, il devra déclarer les modes de preuve irréguliers parce que contraires à l'article 8. Il ne peut toutefois pas en déduire automatiquement l'irrecevabilité des preuves (*cf* la jurisprudence citée de la Cour européenne des droits de l'homme). On entre alors dans l'application de la jurisprudence *Antigone* et l'application de l'article 6 de la Convention (respect du procès équitable). Le juge va devoir, à nouveau, réaliser un contrôle de proportionnalité, cette fois entre la gravité de cette irrégularité dans l'administration de la preuve et la gravité du manquement que cette preuve veut établir. Si le juge admet les preuves dans un tel contexte, cela signifie qu'il aura :

(1) considéré que le but poursuivi par la personne qui produit les preuves ne revêtait pas une légitimité suffisante, confronté au droit à la vie privée de la personne concernée, ce qui amène le juge à déclarer la preuve illicite;

(2) considéré que le but poursuivi par la personne qui produit les preuves revêtait une légitimité suffisante, confronté à l'exigence d'équité de la procédure judiciaire, ce qui amène le juge à déclarer la preuve recevable, bien qu'illicite.

Même si les éléments de fait sont identiques dans les deux étapes, le raisonnement du juge devra se fonder sur des critères différents à ces deux stades de l'examen du litige, à peine d'aboutir à une contradiction flagrante. Les indices permettant de préciser quelle sera la démarche du juge ne sont pas très nombreux. On peut à tout le moins déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, pour être conforme au procès équitable, la preuve devrait idéalement être confortée par d'autres éléments du dossier, même si ce n'est pas une exigence exclusive (voy. *Bykov*, *Lee Davies*). Il n'en reste pas moins que la situation du juge « pris en tenaille entre les exigences de l'article 6 et celles de l'article 8 »²⁸ sera particulièrement inconfortable.

7. En conclusion, même si j'ai défendu en son temps une thèse similaire à celle reprise par l'arrêt annoté, je ne suis pas convaincu —

(20) C.E.D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, §§ 34-35; C.E.D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, §§ 76-77; C.E.D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, §§ 42-43; C.E.D.H., 1^{er} mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, §§ 85-86; C.E.D.H. (gr. ch.), 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, §§ 89-90; C.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, §§ 41-42, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1928, *R.A.B.G.*, 2010, p. 5, note SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 312, note COLETTE-BASECQZ, *T. Strafr.*, 2009, p. 289; C.E.D.H., 17 janvier 2012, *Alony Kate c. Espagne*. Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreuses opinions dissidentes (voy. notamment les arrêts *Khan*, *P.G. et J.H.* et *Bykov*), de la part de juges qui craignent que la Cour n'affaiblisse ainsi la portée de l'article 8 de la Convention (respect de la vie privée). En d'autres termes, selon ces juges, ce qui est contraire à l'article 8 devrait être également déclaré contraire à l'article 6 (procès équitable). Une telle opinion, si elle avait été admise par la majorité des

juges de la Cour, n'aurait pas permis le développement de la jurisprudence *Antigone*. Voy. à ce sujet l'excellente synthèse de J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 729 et s. En revanche, les preuves obtenues par la torture ou des traitements dégradants (article 3 de la Convention) ne peuvent, par principe, jamais être prises en considération : C.E.D.H., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*; 17 octobre 2006, *Göçmen c. Turquie*; 25 septembre 2012, *El Haski c. Belgique*.

(21) F. KÉFER, *op. cit.* (*Antigone et Manon...*), n° 16; D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils », *op. cit.*, n° 19.

(22) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », *op. cit.*, n° 21; J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable... », *op. cit.*, p. 742.

(23) C'est le genre de raisonnement que l'on trouve dans les décisions suivantes : C.T. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 555; C.T.

Liège, 20 septembre 2010, *Orientations*, n° 9, 2010, note PATERNOSTRE, p. 27; *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899; *J.T.*, 2011, p. 90; C.T. Mons, 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715; *Chr. D.S.*, 2011, p. 399, note RIJCKAERT. Même si le respect de la contradiction est un élément capital de l'appréciation des preuves (arrêt *Lee Davies*, cité ci-dessus; voy. aussi : J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable... », *op. cit.*, pp. 733 et s.), l'appréciation des preuves irrégulières ne peut se réduire à cet aspect des choses.

(24) B. ALLEMEERSCH et S. RYLANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour *Antigone* », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n° 14.

(25) V. PÉROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *Petites Affiches*, 2002, pp. 6 et s., spécialement p. 16; N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence *Antigone* sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr.*

pén., 2010, p. 335; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1108. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, vu la multiplication des infractions pénales, notamment en droit économique, toutes les comportements pénalement sanctionnés ne sont pas d'égale gravité. On peut également rappeler que la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée contre les traitements de données à caractère personnel pénalise un certain nombre de manquements et que bon nombre de personnes, à commencer par la plupart des avocats, sont en infraction à cet égard. (26) Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYLANDT, *op. cit.*, n° 20. (27) *Cass.*, 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N. (28) J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable... », *op. cit.*, p. 748.

sauf surprise provenant de la Cour de cassation — que l'on reviendra en arrière et que la jurisprudence *Antigone* civile sera limitée aux matières touchant à l'ordre public. En effet, l'adhésion majoritaire des juges du fond donne à penser que le pas vers l'application généralisée de cette jurisprudence en matière civile est définitivement posé. À ce titre, l'arrêt annoté pourrait bien relever d'un combat d'arrière-garde. En revanche, en ce qui concerne les critères d'application, la jurisprudence est véritablement au milieu du gué : les juges se retrouvent confrontés à une problématique nouvelle, sans disposer des bons outils pour la traiter. Le risque de voir les décisions partir dans tous les sens est réel. L'incertitude de la doctrine est également palpable²⁹. J. van Compernelle relève à juste titre qu'en matière civile les parties sont a priori sur pied d'égalité, ce qui rend plus délicates les pondérations entre leurs intérêts respectifs³⁰. Ce qui est d'ores et déjà certain, c'est que la jurisprudence *Antigone* sonne le glas de la sécurité juridique : on se dirige vers une casuistique généralisée et toute partie qui détient des preuves illégales pourra toujours spéculer sur leur acceptation par le juge, pour de bonnes ou de mauvaises raisons³¹.

Dominique MOUGENOT

EXPROPRIATION

- Contrôle de légalité
- Incompétence de la Région de Bruxelles-Capitale en matière de politique familiale et de crèches
- Contrôle de l'extrême urgence invoquée : question de fait à apprécier au cas par cas
- Extrême urgence non motivée ni démontrée

**Civ. Bruxelles (16^e ch.),
8 février 2012**

Siège : B. De Coninck (f.f. prés.), A. Reghif et F. Soumeryn-Schmit.

Plaid. : MM^{ES} Riveros *loco* K. Esselens, D. Lagasse et B. Gribomont

(Commune de Schaerbeek c. A., T. et s.c.r.i.s. N.).

Il résulte de l'article 16 de la Constitution que, sauf habilitation spéciale et expresse donnée par les lois de réformes institutionnelles aux Communautés et aux Régions, le pouvoir de déterminer les cas dans lesquels ainsi que la manière dont il peut être procédé à l'expropriation pour cause d'utilité publique est réservé au législateur fédéral.

La Région de Bruxelles-Capitale n'est pas habilitée à régler sur son territoire la politique familiale au sens de l'article 5, § 1^{er}, II, 1^o, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. Il s'ensuit qu'à défaut de compétence en matière de crèches, la Région n'a pas le pouvoir de décider d'une expropriation pour permettre la création d'une crèche communale. Lorsque l'arrêté d'expropriation servant de base légale à la procédure d'expropriation diligentée par la commune en vue de la création d'une crèche est illégal, cette procédure elle-même est illégale.

Le fait que l'article 7 de l'ordonnance organique du 28 janvier 2010 relative à la rénovation urbaine en Région de Bruxelles-Capitale dispose qu'il sera fait application de la loi du 26 juillet 1962 aux expropriations nécessaires pour la réalisation des programmes de réhabilitation urbaine et que l'arrêté du gouvernement approuvant le programme vaut décision motivée justifiant l'urgence, ne dispense pas le pouvoir expropriant de motiver, sous le contrôle du juge, que la prise de possession immédiate d'un immeuble est indispensable pour cause d'utilité publique. La seule référence à la date d'échéance du programme de revitalisation de la commune (23 décembre 2014) ne suffit pas pour conclure à l'extrême urgence requise pour l'application de la loi du 26 juillet 1962 : il faut en outre expliquer pourquoi cette échéance commande une appropriation immédiate de l'immeuble litigieux. Lorsque non seulement la nécessité exprimée dans l'arrêté d'expropriation et dans les écrits de procédure de la commune de prendre possession immédiatement de l'immeuble litigieux ne ressort pas du dossier soumis au tribunal, mais qu'en outre elle est contredite par le délai mis par la commune pour poursuivre l'expropriation, l'expropriation selon la procédure d'extrême urgence est illégale.

(Extraits)

I. Objet de la demande originale et de l'appel.

1. La demande originale de la commune de Schaerbeek visait à l'expropriation pour cause d'utilité publique, en extrême urgence sur la base de la loi du 26 juillet 1962, de l'immeuble situé à Schaerbeek, (...) appartenant à A. et T. composé de deux parties : un

immeuble à appartements à front de rue et un garage-atelier à l'arrière, exploité depuis 2001 par la s.c.r.i.s. N.

A. est le gérant de la s.c.r.i.s. N.

2. Le 12 novembre 2012, la commune de Schaerbeek a déposé au greffe de la justice de paix du deuxième canton de Schaerbeek une requête sur la base de l'article 3 de la loi du 26 juillet 1962, demandant au juge de paix de :

- fixer les jour et heure de la comparution des parties sur les lieux à exproprier;
- commettre un expert chargé de dresser l'état descriptif des immeubles et donner l'évaluation raisonnée des indemnités qu'il proposera;
- régler dans les jugements provisionnel et provisoire les droits respectifs des propriétaires, des usufruitiers ou des tiers intéressés reçus intervenants conformément aux dispositions de la loi du 26 juillet 1962.

3. Par ordonnance du 19 novembre 2012, le premier juge a :

- fixé la comparution des parties au 30 novembre 2012 à 9 h sur les lieux à exproprier;
- ordonné la citation de A. et T. pour cette date;
- désigné l'expert L. Closse afin de dresser l'état descriptif des immeubles et donner l'évaluation raisonnée des indemnités qu'il propose ainsi que tous renseignements utiles à la détermination de celles-ci.

4. Par exploit d'huissier du 21 novembre 2012, la commune de Schaerbeek a cité A. et T. à comparaître le 30 novembre 2012 à 9 h sur les lieux à exproprier.

Au cours de la visite des lieux du 30 novembre 2012, les parties ont déposé leurs dossiers et leurs conclusions.

5. Selon le dispositif de ses conclusions en premier ressort, la commune de Schaerbeek demandait au juge de paix, « vu les dispositions de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique de :

- » — régler dans les jugements provisionnel et provisoire les droits respectifs des propriétaires, des usufruitiers ou des tiers intéressés reçus intervenants conformément aux dispositions de la loi précitée;
- » — fixer le montant de l'indemnité provisionnelle revenant aux expropriés du chef de l'expropriation à un maximum de 390.000 EUR, toute indemnité comprise;
- » — dépens comme de droit ».

6. A. et T. et la s.c.r.i.s. N. ont déposé des conclusions communes.

La s.c.r.i.s. N. demandait au juge de paix de lui donner acte de son intervention.

(29) Pour un bon résumé des prises de position en présence, voy.

K. ROSIER, « Surveillance, vie privée et recevabilité de la preuve », in *Discipline et surveillance en droit du travail*, Anthemis, à paraître.

(30) J. VAN COMPERNELLE, « Les exi-

gences du procès équitable... », *op. cit.*, p. 743.

(31) La Cour des droits de l'homme elle-même est consciente du déficit de sécurité juridique résultant d'une appréciation toujours limitée aux éléments du cas d'espèce (*ad hoc*

balancing) et, dans certains arrêts, prend un peu de hauteur pour émettre des principes valables de manière plus large (*categorical balancing*), sans toutefois faire preuve d'une grande cohérence entre les deux logiques. Voy. S. VAN DROO-

GHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération et intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299 et s., n^{os} 42 et s.